

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Justo, António dos Santos, 1945-

Iuris civilis principia (direitos romano e português)

<http://hdl.handle.net/11067/7191>

<https://doi.org/10.34628/182j-qp40>

Metadados

Data de Publicação	2023
Palavras Chave	Direito civil - Portugal, Direito romano
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 29 (2023)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-07-27T10:47:31Z com informação proveniente do Repositório

IURIS CIVILIS PRINCIPIA
(DIREITOS ROMANO E PORTUGUÊS)

IURIS CIVILIS PRINCIPIA
(ROMAN AND PORTUGUESE LAW)

Continuação¹

António dos Santos Justo²

DOI: <https://doi.org/10.34628/182j-af40>

V

“ADOPTIO NATURAM IMITATUR”

Resumo: Direito romano: a adoção, que está presente nos povos da Antiguidade, foi, em Roma, utilizada para diversos fins, com destaque para assegurar a permanência da família sem filhos naturais e, em consequência, dar continuidade ao culto dos deuses domésticos (*Manes*). Relativamente ao formalismo que revestia, observamos várias fases no seu *iter* evolutivo. Na primeira, que coincide com a época arcaica, os juriconsultos criaram um expediente complexo a partir da interpretação do preceito da Lei das XII Tábuas segundo o qual “*se o pater vender três vezes o filho, seja (este) livre do pater*”. Posteriormente, na época clássica, o processo da adoção foi-se simplificando, delineando-se a categoria geral de *adoptio* com recurso a formas públicas que iam desligando dos antigos mecanismos privatísticos. E, na época justinianeia, com o desaparecimento do processo das *legis actiones* e a simplificação do novo processo, a adoção tornou-se um ato constituído por declarações das partes perante o ma-

¹ Este estudo continua o que foi publicado na Revista Lusíada. Direito, n.ºs. 23/24 (2020) e 25/26 (2021).

² Prof. Catedrático Jubilado da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada - Norte

gistrado (*per tabulas*) a que o adotado devia aderir. Ainda nesta época, impôs-se o princípio *adoptio naturam imitatur*, na base do qual encontramos uma ficção dogmática que evita o incômodo de repetições fastidiosas e facilita o entendimento do seu regime jurídico. Este princípio explica a recusa da adoção a quem se encontrasse fisiologicamente impossibilitado de procriar. Proíbe-se também a adoção de filhos de concubina (ditos *naturales*). Finalmente, distinguem-se duas modalidades de adoção: a *adoptio plena* e a *adoptio minus plena*.

Direito português: depois da queda do Império Romano do Ocidente, a adoção manteve-se nos ordenamentos jurídicos dos povos germânicos invasores para assegurar ao adotante a continuidade da sua família e do culto doméstico e permitir a sucessão num cargo ou dignidade pública. Já no território que se tornou português, adoção manteve-se, mas caiu em progressivo desuso com o fortalecimento dos laços familiares do sangue que se observa especialmente depois dos séculos XV e XVI. Mais tarde, no século XVIII, continuou a ser olhada com pouca simpatia e muita desconfiança, fosse pelo caráter artificial do vínculo, fosse pelas fraudes (no foro do direito fiscal e na área das relações familiares) a que o instituto se prestava. Ainda neste século, os juristas portugueses consideraram a adoção abolida por contrariar a Lei da Boa Razão. Por isso, era natural que o Código Civil de 1867 a omitisse. Depois, com o fim da guerra de 1914-1918 e a crise económica de 1928, a adoção foi reconhecida como uma das melhores armas de combate dos Estados contra a carência moral e afetiva em que as crianças abandonadas se encontravam. O atual Código Civil restaurou o instituto da adoção, consagrando as duas modalidades já previstas no direito romano: a adoção restrita e a adoção plena. Em 1977, assistimos a uma reforma profunda da adoção que alterou significativamente a distinção entre a adoção plena e a adoção restrita. O adotado foi, na adoção plena, considerado para todos os efeitos (sucessão legítima, sucessão legitimária, prestação de alimentos, impedimentos matrimoniais, etc.), como familiar dos parentes do adotante. A evolução não se deteve e, em 2015, assistimos a uma nova reforma que revogou a adoção restrita. Outras alterações surgiram, inspiradas no interesse de proteger as crianças elevadas, pela adoção, à condição jurídica de filhas dos adotantes com os direitos e obrigações correspondentes. O velho princípio *adoptio naturam imitatur* continua a aplicar-se e, na sua base, encontramos a mesma ficção dogmática do direito romano.

Palavras-chave: Adoção (*adoptio*); Adoção plena; Adoção restrita; Direito romano; Direito português; Proteção das crianças.

Abstract: Roman law » in Rome, adoption was used for various purposes and its *iter evolutivo* passed through several phases. In the era of Justinian, the *adoptio naturam imitatur* principle was imposed, based on a legal fiction that avoids the inconvenience of tedious repetitions and facilitates the understanding of its legal regime. This principle explains the refusal of adoption to anyone who is physiologically unable to procreate. It also forbids the adoption of children of a concubine (termed *naturales*).

Portuguese law » after the fall of the Western Roman Empire, adoption, which remained in the legal systems of the invading Germanic peoples, did not arouse much sympathy and fell into progressive disuse with the strengthening of family blood ties, observed especially after the 15th and 16th centuries. Later, in the 18th century, it continued to be regarded with little sympathy

and much suspicion. With the end of the 1914-1918 war and the economic crisis of 1928, adoption was recognised as one of the best weapons available to States for combating the moral and emotional deprivation afflicting abandoned children found. The current Civil Code restored the institution of adoption, incorporating the two forms already foreshadowed in Roman law: restricted and full adoption. 1977 saw a thorough reform, prioritising the interest of protecting children elevated to the legal status of children of the adopters, with its corresponding rights and obligations. The old *adoptio naturam imitatur* principle still applies, and at its basis we find the same legal fiction as in Roman law.

Keywords: Adoption (*adoptio*); Full adoption; Restricted adoption; Roman law; Portuguese law; Child protection.

Sumário: V “*Adoptio naturam imitatur*”: 1. Direito romano; 2. Direito português; VI *Errantis nulla voluntas est*”: 1. Direito romano; 2. Direito português.

Este princípio segundo o qual a *adoção imita a natureza* cumpriu, no direito romano e continua a cumprir no direito português uma função importante pela simplicidade com que permite compreender imediatamente a posição do adotado na família do adotante. Importa, por isso, analisar o instituto da adoção (*adoptio*) romana para melhor compreendermos o seu alcance no nosso atual direito civil.

Trata-se duma figura jurídica a que os povos da Antiguidade³ recorriam com muita frequência com vista à obtenção de fins jurídicos diversificados. Em Roma, destacamos a utilização da *adoptio* para: assegurar a permanência da família sem filhos naturais e, em consequência, dar continuidade ao culto dos deuses domésticos (*Manes*); preservar o património familiar; alargar o número de elementos da família; modificar a ordem dos possíveis sucessores; eludir limitações e exclusões consagradas nas leis demográficas; destruir (*rumpere*) um testamento; e até para os Imperadores designarem os seus sucessores na dignidade imperial⁴.

Relativamente ao direito romano – de que naturalmente nos ocuparemos –, a adoção tem sido vista como o ato jurídico (*datio in adoptionem*) por virtude do qual um *alieni iuris* estrangeiro ingressa na família do adotante com o *status* de filho, filha, neto, neta, bisneto ou bisneta⁵, ficando sujeito à *patria*

³ Basta referir que, no Egito, a filha do Faraó adotou Moisés e, entre os Hebreus, Maroqueu adotou Ester. Está também prevista no Código de Hamurabi e também foi praticada na Grécia e em Roma.

⁴ Assim sucedeu com Otávio que foi adotado por Júlio César; com Tibério, adotado por Augusto; com Adriano, adotado por Trajano; etc.

⁵ Cf. GAIO 1,99; I. 1,11,7; D. 1,7,6; -1,7,11; -1,7,43; -1,7,44. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – IV (direito da família)* em *Studia Iuridica* 93, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 43 e a biografia aí citada.

postestas do novo *paterfamilias* (adotante)⁶. O adotado assume o *nomen*⁷, a *tribo*⁸ e os *sacra*⁹ do adotante, torna-se agnado¹⁰ dos agnados do adotante¹¹ e, como agnado, integra o grupo dos *sui heredes* do *paterfamilias* adotante¹². Em contrapartida, afastando-se totalmente da sua família originária, perde todos os seus direitos¹³ entre os quais se conta o direito sucessório relativamente ao seu *pater* natural, com uma exceção: se fosse emancipado pelo *paterfamilias* adotante, e uma vez que, com a adoção tinha perdido os seus direitos sucessórios na família originária, o pretor concedia-lhe a *bonorum possessio unde liberi* para acorrer à sucessão do *pater* natural¹⁴.

Relativamente ao formalismo que revestia, e porque se tratava de um ato jurídico de particular importância nas famílias romanas e na própria sociedade romana, compreende-se o engenho da *jurisprudencia* que procurou vencer obstáculos relacionados com a irrenunciabilidade da *patria potestas* – que só cessava com a morte ou incapacidade do *paterfamilias* – e com a sua intransmissibilidade enquanto direito pessoal.

⁶ Por isso, não podendo ser titular da *patria potestas*, a mulher não podia adotar. Cf. GAIO 1,104. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, p. 80.

⁷ Recordamos que, desde a época republicana (que decorre entre os anos 510 e 27 a. C.), as pessoas eram identificadas por *tria nomina*: o *praenomen* que, numa família, distinguia um indivíduo dos outros; o *nomen*, que assinalava a origem familiar ou gentilícia do indivíduo; e o *cognomen* que aludia a uma circunstância familiar ou a alguma singularidade.

⁸ A tribo consiste numa divisão territorial. Havia tribos urbanas e rústicas. Formavam *comitia tributa* com competências fundamentalmente administrativas e religiosas. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, pp. 1387-1388 para quem, nos finais da República, as tribos funcionavam como “*distritos votantes*” e, como todas as instituições republicanas, a sua importância decaiu no Principado (que vai do ano 27 a.C. ao ano 284).

⁹ Os *sacra* (*familiaria*) são os ritos próprios do culto dos deuses domésticos (*Manes*) da família do adotante. Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, pp. 1128-1129.

¹⁰ Agnado é a pessoa que se encontra sujeita ao poder de outra (denominado *pater familias*), independentemente do vínculo de sangue (consanguinidade). A família romana começou por ser uma organização jurídica que congrega uma pluralidade de pessoas sujeitas ao poder de um chefe. Aqueles são os agnados; este, o chefe da família. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 10 e 52. A primeira categoria de agnados (ditos *sui heredes*) ocupavam o primeiro grupo do direito sucessório (sucessão intestada) enquanto os outros integravam o segundo grupo. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)* em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 290-293.

¹¹ Cf. D. 1,7,23.

¹² Vide *supra*, a nota 284. Esta integração era tão perfeita que estava vedado o matrimónio entre o adotante e o adotado, entre o adotado e a mulher (*uxor*) do adotante e entre este e a *uxor* do adotado. Vide A. SANTOS JUSTO, A “*factio iuris*” no direito romano (“*actio ficticia*”). *Época clássica*, I, no suplemento XXXII do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1988, p. 564.

¹³ O adotado sofria uma *capitis deminutio* mínima. Todavia, a adoção produz os seus efeitos somente em relação ao adotado: os seus filhos permanecem na família originária.

¹⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – IV (direito da família)*, cit., p. 44-47.

Tal engenho revela-se na arte sábia com que os juriconsultos da República criaram um expediente a partir da interpretação do preceito da Lei das XII Tábuas segundo o qual “*se o pater vender três vezes o filho, seja (este) livre do pater*”¹⁵. Este expediente decorria em duas fases: a primeira destinava-se a afastar o adotando da sua família originária; e a segunda, a pô-lo sob a *patria potestas* do adotante.

Por sua vez, a primeira fase passava pelos seguintes momentos: 1º.- o *pater* vendia simbolicamente (*mancipatio*) o *filius* com o *pactum fiduciae* de o adquirente (adotante) fazer cessar a posição (*in mancipio*)¹⁶ em que o filho vendido passou a ficar sujeito; 2º.- o adquirente fazia cessar este poder (*manumissio*) e, em consequência, o filho regressava, *ipso iure*, à *patria potestas* do *pater*; 3º.- o *pater* fazia a segunda venda (*mancipatio*) e, de novo, o filho ficava *in mancipio* do adquirente; 4º.- este voltava a manumitir e o filho voltava à *patria potestas* do *pater*; 5º.- o *pater* fazia a terceira venda; 6º.- o adotante, de novo titular do *mancipium*, vendia o filho ao *pater*, ficando, agora, *in mancipio* e não sujeito à *patria potestas* do *pater*, por já ter sido vendido três vezes¹⁷.

Segue-se a segunda fase que decorria na presença do magistrado – em Roma, o pretor; nas províncias, o governador¹⁸. Utilizando a *in iure cessio* da *legis actio per sacramentum in rem*¹⁹, o adotante afirmava solenemente o seu direito sobre a pessoa a adotar e se o *pater* demandado confessasse ou ficasse em silêncio, o magistrado entregava a pessoa a adotar ao demandante (adotante) que ficava com o estatuto de filho, ou, se fosse o caso, de filha, neto, neta, bisneto ou bisneta²⁰. O adotado não intervinha, mas somente os dois *patresfamilias*: o da família originária e o da família adotiva.

Na época clássica²¹, o processo da adoção foi-se simplificando e delineou-

¹⁵ Lei das XII Tábuas, IV,2: “*Si pater filium ter venum du(uit) filius a patre liber esto*”. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 45, que seguimos de perto.

¹⁶ Trata-se dum poder que o *paterfamilias* tem sobre determinadas pessoas, entre as quais um filho em processo de emancipação e de adoção. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 24-25.

¹⁷ Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 80. Para adotar uma filha ou neto, bastava uma venda (*mancipatio*) paterna. Estamos perante uma interpretação restritiva da norma decenviral que só falava de *filius*. Cf. GAIO 1,132; 1,134 *in fine*.

¹⁸ Cf. GAIO 1,100; ULPiano, 8,4.

¹⁹ Trata-se duma ação real que se utilizava para diversos fins, como, *v.g.*, reivindicar uma coisa, reclamar uma herança, afirmar ou negar uma servidão sobre coisa alheia, afirmar, perante terceiro, a *patria potestas* sobre filhos, etc. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, 6ª. ed., em *Studia Iuridica*, 50, Coimbra Editora, Coimbra, 2017, pp. 292-294; e *Direito privado romano*, III (*direitos reais*), reimpressão, em *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 97-99.

²⁰ Cf. D. 1,7,4; -1,16,3; -1,20,1; PS. II,25,4; C. 8,47(48),1; GAIO 1,134.

²¹ Esta época decorre entre os anos 30 a.C. e 230 e caracteriza-se pela precisão e rigor da ciência jurídica romana (*iurisprudentia*). Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)* I. *Introdução*. Fontes, 4ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 46-47

-se a categoria geral de *adoptio* só possível através de formas públicas que a iam desligando dos antigos mecanismos privatísticos²².

Na época justinianeia²³, o desaparecimento do processo das *legis actiones* (a que pertence a *legis actio per sacramentum in rem*) e da *mancipatio*²⁴ a par da simplificação do processo, a adoção tornou-se um ato constituído por declarações das partes perante o magistrado (*per tabulas*) a que o adotado devia aderir, bastando a forma passiva *non dissentire*²⁵.

Ainda nesta época, a adoção passou a ser utilizada para suprir a falta de filiação natural, impondo-se o princípio *adoptio naturam imitatur*, como observamos em *Institutiones*:

1,11,4: “Ordена-se que o menor de idade não possa adotar o maior, pois a adoção imita a natureza e seria monstruoso que fosse maior o filho que o pai. Assim, quem toma um filho por adoção deve excedê-lo numa puberdade completa, isto é, dezoito anos”²⁶.

Mais: recusa-se a adoção a quem se encontre fisiologicamente impossibilitado de procriar²⁷; e não se permite a adoção a termo²⁸.

Noutra perspetiva, proíbe-se a adoção de filhos de concubina (ditos *naturales*), cuja *ratio* reside na luta contra a instituição do concubinato que deu origem ao instituto da legitimação²⁹; e, para evitar abusos, considera-se que não é lícito adotar quem já foi adotado e posteriormente emancipado³⁰.

Ainda no direito justinianeu, distinguem-se duas modalidades de adoção: 1) a *adoptio plena*, feita por ascendente natural (avô paterno ou materno) que não tem a *patria potestas* sobre o adotado³¹. Esta adoção produz os mesmos efeitos da adoção

²² Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 80.

²³ Esta época decorre entre os anos 530 (início da elaboração do *Corpus Iuris Civilis*) e 565 (data da morte do imperador Justiniano). Vide SEBASTIÃO CRUZ, *ibidem*, p. 51.

²⁴ Trata-se dum negócio jurídico solene que transferia a propriedade das coisas mais importantes (*res mancipi*). Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – III (direitos reais)*, cit., pp. 94-97.

²⁵ Cf. D. 1,7,5; -1,7,24; -1,7,25,1; I. 1,12,8; C. 8,47(48),11.

²⁶ I. 1,11,4: “*Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstruoso est, ut maior sit filius quam pater, debet itaque is, qui sibi per adoptionem filium facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis praecedere*”.

²⁷ É o caso dos castrados, mas não dos impotentes. Cf. I. 1,11,9.

²⁸ Cf. D. 1,7,34.

²⁹ Cf. C. 5,27,6; -5,27,7; N. 74,3.

³⁰ Cf. D. 1,7,37,1.

³¹ Constitui exemplo a adoção de um neto pelo avô paterno, neto que foi concebido depois da emancipação do seu pai. Cf. C. 8,47(48),10; I. 1,11,2.

clássica: o adotado desliga-se totalmente da sua família originária³² para se tornar membro da nova família; 2) a *adoptio minus plena*, feita por um estranho à família do adotado que se mantém na sua família originária e, portanto, sujeito à *potestas* do seu *pater* natural. Tão só goza do direito de sucessão legítima nos bens do adotante se falecer sem testamento e não for deserddado³³. As mulheres podem utilizar esta modalidade de adoção porque não lhe confere a *patria potestas* (que não têm no direito romano)³⁴. Esta faculdade é justificada “*para consolo da perda dos seus filhos*”³⁵.

Delineada a *adoptio* no direito romano, importará questionar se na base do princípio *adoptio naturam imitatur* se encontra alguma ficção e qual a sua natureza. Já tivemos a oportunidade de distinguir a ficção histórica da ficção dogmática: enquanto aquela é um instrumento que, afastando algum obstáculo à aplicação do direito civil, fingindo que existe ou não existe, consoante tal obstáculo não exista e deva existir ou não exista e deva existir, afirmando-se como um expediente *adversus veritatem iuridicam*³⁶, a ficção dogmática é uma operação teórica do pensamento que, utilizando a comparação, expõe clara e brevemente uma instituição jurídica, evitando o incómodo de repetições fastidiosas e nem sempre fáceis³⁷. E, enquanto a ficção histórica cumpre uma função integrante, a ficção dogmática desempenha uma função cognoscitiva: transmite-nos o conhecimento cómodo e breve de instituições jurídicas³⁸. E, enquanto na ficção histórica, a analogia está nos factos que urge disciplinar e justifica um tratamento jurídico semelhante, na ficção dogmática, a analogia está nos efeitos jurídicos de figuras e situações jurídicas perfeitamente estabelecidas e permite um melhor conhecimento da realidade jurídica³⁹.

É, agora, fácil observar que, no princípio *adoptio naturam imitatur* encontramos a ficção dogmática: a que, comparando os efeitos da filiação com os da adoção, permite compreender rapidamente que o adotado é como se fosse filho do adotante⁴⁰. Numa palavra, não é por fingir que o adotado é filho do adotante

³² Por isso, extingue-se o direito sucessório de que era titular na sua família natural. Vide ANA MARÍA ALEMÁN MONTREAL, *Los derechos sucesorios del hijo adoptado em El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, cit., p. 18.

³³ Cf. C. 8,47(48),10.

³⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, A “ *fictio iuris*” no direito romano (“ *actio ficticia*”). *Época clássica*, I, no suplemento XXXII do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1988, p. 563.

³⁵ I. 1,11,10: “ *Ad solatium liberorum amissorum adoptar possunt*”.

³⁶ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 25-64.

³⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 543-546.

³⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 597-599 e 568.

³⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 600.

⁴⁰ A integração do adotado na família do adotante era tão perfeita, que estava vedado o matrimónio entre o adotado e a mulher (*uxor*) do adotante e entre este e a *uxor* do adotado, o que prova a plena equiparação do adotado aos descendentes do adotante. Vide A. SANTOS JUSTO,

que o direito romano o trata como filho; mas é pelo facto de o tratar assim, que a doutrina o equiparou a filho⁴¹.

2. Direito português

Embora a adoção tenha sido um instituto com profundas raízes históricas, largamente utilizado entre os romanos e nos povos germânicos pelos motivos já referidos – destacamos, assegurar ao adotante a continuidade da sua família e do culto doméstico e facultar ao adotando a condição jurídica de cidadão romano e permitir a sucessão num cargo ou dignidade pública⁴² –, com o fortalecimento dos laços familiares do sangue, que se observa especialmente depois dos séculos XV e XVI, a adoção caiu em progressivo desuso⁴³. E apesar de o Código de Napoleão a ter mantido, quiçá “*mais por intervenção pessoal de Napoleão do que por exigência social dos tempos, a adoção continuou a ser olhada sem grande simpatia e com muita desconfiança, fosse pelo caráter artificial do vínculo, fosse pelas fraudes (no foro do direito fiscal e na área das relações familiares)*”

ibidem, p. 564.

⁴¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 568.

⁴² Além do que referimos na primeira parte (direito romano), vide também ANTUNES VARELA, *Direito da família*, Livraria Petrony, Lisboa, 1987, p. 96; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A adoção na história do direito português*, separata da Revista Portuguesa de História, XII, Coimbra, 1965, pp. 9-18, que nos fala da adoção no direito romano. Relativamente ao direito visigodo, destaca a presença do instituto da *perfoliatio* que “*constitui uma figura jurídica que apresenta, de facto, grandes afinidades com a adoptio romana*”, mas observa que subsiste uma profunda diferença entre os dois institutos. Enquanto a adoção romana (excluindo a *adoptio minus plena* da época justinianeia) “*sempre teve o alcance de integrar o adotado na família do adotante, conferindo-lhe todos os direitos e obrigações dos seus restantes filhos ou netos*”, a *perfoliatio* “*coloca o perfilhado na situação de filho (ou de irmão), sem o intuito de o agregar à família do perfilhador, mas visando-se apenas atribuir-lhe, nessa qualidade, um certo e determinado direito ou obrigação patrimonial que o próprio contrato especifica*”. Sobre a *perfoliatio*, vide GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Algumas considerações sobre a “perfoliatio”*, separata do BFD; XIV, Coimbra, 1938.

⁴³ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 6, para quem “*foi a sucessiva mudança dessa finalidade – sempre equacionada com a simultânea estrutura da família – que, através dos tempos e dos lugares, fez variar o conteúdo específico da adoção, informou a sua disciplina e marcou, sem dúvida, o seu alcance prático*”. Ainda segundo ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 8, “*convirá assinalar três ciclos fundamentais da adoção no direito português: o primeiro decorre até aos fins do século XII; o segundo, já sem dúvida involutivo, vai do século XIII ao século XVI; e finalmente, o ciclo que daí em diante se alonga até ao Código de Seabra*”. Relativamente às nossas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, observa (p. 25) que “*é certo que, na falta de direito pátrio, valeriam a título subsidiário, os preceitos do direito romano. Todavia, nem sempre imperou o modelo romano*” e “*não se vê que se distinguisse entre adoção plena e minus plena*”. E, em conclusão, refere (p. 27) que até ao século XVI, “*tudo leva a crer que (a adoção) nunca tenha alcançado uma grande importância*”; e observa que “*a reconstrução dogmática da adoção romano-justinianeia representava obra artificial (...)* Uma pura filiação jurídica era algo de anómalo numa sociedade em que os vínculos de sangue, as *linhagens*, constituíam, não apenas a base da família, mas da própria organização política”.

a que o instituto se prestava”, refere ANTUNES VARELA⁴⁴.

Ainda no século XVIII, os nossos juristas ora consideram a adoção abolida por contrariar a Lei da Boa Razão, ora a silenciam⁴⁵. Por isso, em face deste descrédito, “era natural que o Código Civil de 1867 a omitisse pura e simplesmente”⁴⁶; e só, com o fim da guerra de 1914-1918 e a crise económica de 1928 foi reconhecida como “uma das melhores armas de combate aos estados de carência moral e afetiva em que as crianças abandonadas se encontravam”⁴⁷. Efetivamente, foi “a partir do segundo quartel do século” que “a ressurreição do instituto encontrou ambiente francamente favorável por parte do Estado, em virtude da gravidade social crescente que passou a ter a situação da infância desvalida, bem como da juventude delinvente e indisciplinada”⁴⁸.

O atual Código Civil “restaurou, bastantes anos mais tarde, o instituto da adoção”, consagrando as duas modalidades já previstas no direito romano: a adoção restrita e a adoção plena: naquela, embora o adotado fique sujeito ao poder paternal do adotante com algumas limitações, não ingressa na sua família, “ficando ainda apertadamente preso aos laços da família natural”; pelo contrário, na adoção plena, “há uma integração profunda do adotado na família do adotante, com a amputação correspondente dos vínculos jurídicos que o prendiam à família de sangue”, observa ANTUNES VARELA⁴⁹. Ou, nas palavras de ALMEIDA COSTA, “os desaires que a (adoção) sofreu em nada comprometem o seu futuro, uma vez que se lhe abrem perspectivas e configurações novas”⁵⁰.

Antes da reforma de 1977⁵¹, observa-se, no nosso Código Civil, a deslocação do centro de gravidade dos interesses (religiosos, espirituais, morais, económicos) do adotante para os do adotando, passando a ter como principal “suprir eficazmente a situação de carência moral, afetiva, espiritual e material em que o adotando

⁴⁴ Vide ANTUNES VARELA, *ibidem*, pp. 96-97.

⁴⁵ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A adoção na história do direito português*, cit., p. 28, que nos fala de Melo Freire, Borges Carneiro, Liz Teixeira, Correia Teles e Coelho da Rocha.

⁴⁶ Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *A adoção na história do direito português*, cit., p. 28.

⁴⁷ Voltamos a transcrever ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 97. O Autor refere que “milhões de crianças, caídas em orfandade, ficaram votadas, nessa época, ao abandono e à miséria nos países mais atingidos pela conflagração”. E, “na luta contra o flagelo da criminalidade juvenil, muitos dos estudiosos dos problemas da infância desvalida reconheceram na adoção, uma das melhores armas de combate aos estados de carência moral e afetiva em que as crianças abandonadas se encontravam”.

⁴⁸ De novo transcrevemos ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 97. Vide também MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 6-7, para quem “trata-se de uma figura jurídica que entrou no século XX sob o signo de autêntica renascença” e, tratando-se duma figura “que vem ao encontro, segundo se pensa, de efetivas exigências da vida, de sentimentos ínsitos na consciência e aspirações do nosso tempo, não se crê excessivo admitir que a reforma tenha por si um largo futuro”.

⁴⁹ Vide ANTUNES VARELA, *Direito da família*, cit., pp. 98-99.

⁵⁰ Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 30.

⁵¹ A Reforma de 1977 foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro.

se encontra”⁵².

Em 1977, assistimos a uma reforma profunda da adoção com alterações significativas que “alteraram substancialmente o sentido da distinção entre (a adoção plena e a adoção restrita)”⁵³. A legitimidade para adotar foi alargada, na adoção plena, “não só aos casais constituídos há mais de cinco anos, quer não tenham, quer tenham filhos, mas também a pessoas isoladas, seja qual for a sua situação familiar”. E “no caso de o adotante ser casado e o adotando ser filho do outro cônjuge, também se aboliu a exigência de o outro progenitor ser incógnito ou ter já falecido”. Por outro lado, a adoção plena foi estendida “a todos os menores que há mais de um ano residam com o adotante e estejam a seu cargo, pouco importando que os pais do menor sejam conhecidos ou incógnitos e que, sendo conhecidos, tenham já falecido ou sejam ainda vivos”⁵⁴.

Como observa ANTUNES VARELA, “a Reforma de 1977 considerou o adotando, para todos os efeitos (sucessão legítima, sucessão legitimária, prestação de alimentos, impedimentos matrimoniais, etc.), como familiar dos parentes do adotante. Atribui, assim, efeitos absolutos à adoção plena, embora só para o futuro”. E, “como consequência desta completa integração do adotado no núcleo familiar do adotante, cortou cercos os laços que prendiam o adotando à sua família natural”⁵⁵.

A evolução não se deteve aqui. Em 2015, assistimos a uma nova reforma⁵⁶ que revogou a adoção restrita. No entanto, não deixa de ser surpreendente que o nosso Código tenha dedicado o capítulo II à adoção plena quando doravante só existe uma adoção.

Feita esta breve resenha histórica da adoção, importa ter presente que atualmente, “constituiu-se por sentença judicial”⁵⁷. E “Visa realizar o superior interesse da

⁵² Vide ANTUNES VARELA, *ibidem*, pp. 100-101, onde refere os novos aspetos fundamentais do regime jurídico da adoção que refletem a deslocação do centro de gravidade para os interesses do adotando. Vide também RABINDRANATH VALENTINO A. CAPELO DE SOUSA, *A adoção. Constituição da relação adotiva*, separata do BFD, XIX, Coimbra, 1973, que nos oferece uma síntese da evolução histórica da adoção e o estudo da relação adotiva antes, naturalmente, da Reforma de 1977.

⁵³ Transcrevemos ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 102.

⁵⁴ Continuamos a transcrever ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 103, que critica “esta modificação significativa da fisionomia jurídica do instituto, que reuniu as notas mais avançadas das diversas reformas levadas a cabo em diferentes países europeus, sem cuidar das condições peculiares da comunidade nacional”. Em síntese, “a Reforma de 1977 encarou com manifesta indiferença os interesses (...) da sociedade familiar assente sobre o casamento”.

⁵⁵ Transcrevemos ANTUNES VARELA, *ibidem*, pp. 126-128, para quem, no entanto, “a integração do adotando na família do adotante, resultando apenas da lei e não do facto biológico ou natural da procriação e não gozando de eficácia retroativa, não pode equiparar-se em toda a linha à filiação”. Haja em vista que “se mantêm os impedimentos matrimoniais entre o adotado e os seus parentes naturais, a fim de salvar o tabú do incesto. E é irreversível a relação de sangue em que o impedimento do parentesco se funda”. Por outro lado, “se o adotado for filho (legítimo ou natural) do cônjuge do adotante, manter-se-ão, a despeito da adoção, as relações de filiação entre ele e este cônjuge, bem como as relações familiares com os parentes deste”.

⁵⁶ Cf. a Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro.

⁵⁷ Cf. art. 1973.º, n.º 1.

criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adotando, se funde em motivos legítimos, não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adotante e seja razoável supor que entre o adotante e o adotado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação"⁵⁸.

Compreensivelmente, impõe condições aos adotantes: *v.g.*, se forem casados há mais de quatro anos e não separados judicialmente de pessoas e bens ou de facto, devem ter mais de 15 anos⁵⁹. Mas pode adotar quem tiver mais de 30 anos⁶⁰. Por outro lado, impõe limites máximos: *"só pode adotar quem não tiver mais de 60 anos à data em que a criança lhe tenha sido confiada"*; e, *"a partir dos 50 anos, a diferença de idades entre o adotante e o adotado não pode ser superior a 50 anos"*⁶¹. No entanto, esta diferença de idades pode ser superior a 50 anos, havendo excepcionalmente motivos ponderosos e atento o superior interesse do adotado⁶².

Relativamente aos seus efeitos, com a adoção (plena) *"o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais, sem prejuízo dos impedimentos matrimoniais"*⁶³. No entanto, *"se um dos cônjuges adota o filho do outro, mantêm-se as relações entre o adotado e o cônjuge do adotante e os respetivos parentes"*⁶⁴. E *"excepcionalmente, ponderada a idade do adotado, a sua situação familiar ou qualquer outra circunstância atendível, pode ser estabelecida a manutenção de alguma forma de contacto pessoal entre aquele e algum elemento da família biológica (...)* favorecendo-se especialmente o relacionamento entre irmãos, *"desde que os pais adotivos consintam (...) e tal corresponda ao superior interesse do adotado"*⁶⁵.

A integração do adotado na família do adotante e o afastamento das relações familiares entre o adotado e sua família biológica justifica a perda dos apelidos de origem do adotado⁶⁶ e a irrevogabilidade da adoção⁶⁷.

Em conclusão: sendo o adotado considerado como filho do adotante com os direitos e obrigações correspondentes, justifica-se que o velho princípio romano continue a aplicar-se: *adoptio naturam imitatur*.

Perguntar-se-à: estaremos perante uma ficção? E de que tipo? O nosso Código Civil disciplina o instituto da adoção utilizando uma remissão: reconhecendo

⁵⁸ Cf. art. 1974º, nº. 1.

⁵⁹ Cf. art. 1979º, nº. 1.

⁶⁰ Cf. art. 1979º, nº. 2.

⁶¹ Cf. art. 1979º, nº. 3.

⁶² Cf. art. 1979º, nº. 4.

⁶³ Cf. art. 1986º, nº. 1.

⁶⁴ Cf. art. 1986º, nº. 2.

⁶⁵ Cf. art. 1986º, nº. 3.

⁶⁶ Cf. art. 1988º, nº. 1.

⁶⁷ Cf. art. 1989º.

que o adotado “*adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste*”⁶⁸, remete implicitamente para as normas que disciplinam as responsabilidades parentais⁶⁹. Ou seja, a nova situação jurídica civil do adotado encontra-se perfeitamente disciplinada, ainda que através duma remissão, mas não de ficção histórica que, como temos referido, se destina a integrar lacunas através da eliminação de obstáculos jurídicos.

É que o princípio segundo o qual “*adoptio naturam imitatur*” visa, apenas, facilitar, sem repetições desnecessárias e quiçá incompletas, a compreensão rápida da situação jurídica do adotado: trata-se, portanto, duma ficção dogmática⁷⁰.

VI

“ERRANTIS NULLA VOLUNTAS EST”

Resumo: Direito romano: ninguém recusa a presença da *voluntas* nos negócios jurídicos. Tão só houve tempos dominados pela crítica interpolacionística que atribuiu os seus efeitos às épocas pós-clássica e justinianeia, desvalorizando a época clássica. Hoje, porém, renova-se a orientação que recupera esta época, atribuindo aos seus jurisconsultos a defesa da *voluntas* quer perante divergências com os *verba* quer na determinação dos vícios que a atingem. No que se refere ao erro, porque afasta a vontade, é claro o valor do princípio de que é nula a vontade de quem erra (“*errantis nulla voluntas est*”), afirmado por POMPÓNIO no texto que apreciamos.

Direito português: renascido em Bolonha, na Escola dos Glosadores, no século XII, o direito romano penetrou em Portugal no século XIII e a sua aplicação nos tribunais como direito subsidiário e mesmo como direito principal contribuiu decisivamente para modernizar o nosso direito, a que também não foi alheio o seu estudo na Universidade portuguesa. Seguiram-se as nossas Ordenações que, apesar de não terem definido negócio jurídico, não deixaram de acentuar o papel decisivo da vontade nos negócios jurídicos. Afirma-se que a vontade viciada desfaz o contrato. No século XVIII, MELO FREIRE enunciou a máxima de que “*a vontade dos contraentes dá a lei*” e, em consequência, preocupou-se com o regime do dolo, da simulação, da lesão imoderada, etc. Esta orientação doutrinal prosseguiu e foi acolhida no Código Civil de 1867 quer na definição de contrato, quer nas condições que sustentam a sua validade. O atual Código Civil, embora não tenha definido negócio jurídico nem contrato, não deixou de dar relevo à vontade dos contraentes. Pode afirmar-se que o princípio romano *errantes nulla voluntas est* continua presente no direito português.

Palavras-chave: Vontade (*voluntas*); Interpolacionística; *Verba*; Erro; Negócios jurídicos; Contratos; Escola dos Gloradores; Ordenações; Código Civil de 1867; Código Civil de 1966.

Abstract: Roman law » will (*voluntas*) has always been a factor in legal transactions. There have been phases dominated by interpolationist criticism which attributed the effects of will to the post-classical and Justinian eras, thus downplaying

⁶⁸ Cf. art. 1986º., nº. 1, 1ª. parte.

⁶⁹ Cf. arts. 1877º. e ss. Sobre as normas remissivas, vide A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 9ª. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 150-153.

⁷⁰ Vide A. SANTOS JUSTO, A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio ficticia*”), cit., pp. 597-600.

the classical period. Today, however, there is a renewed orientation that reassesses this period, attributing to its jurists the defence of *voluntas* both in the face of disagreements with the *verba* and in the determination of factors that vitiate it. As far as mistake is concerned, because it negates will, the value of the principle - that the will of the mistaken party is null and void ("*errantis nulla voluntas est*"), as stated by POMPONIUS in the text that we have analysed - is clear.

Portuguese law » Roman law reached Portugal in the 13th century in the revived form emanating from Bologna; its application in the courts as subsidiary law and even as principal law contributed decisively to modernising our law, a process aided by the study of law in Portuguese universities. This was followed by our Ordinances which emphasised the decisive role of the will in legal transactions, despite not defining these. The Ordinances affirmed that vitiated will defeats the contract. In the 18th century, MELO FREIRE set forth the maxim that "the will of the contracting parties gives the law" and was in consequence concerned with the regime of fraudulence, misrepresentation, substantial damage, etc. This aspect of doctrine continued and was incorporated in the Civil Code of 1867, both in the definition of contract and in the conditions for a contract to be valid. The current Civil Code, although it has not defined a legal transaction or a contract, has maintained the emphasis on the will of the contracting parties. It may be stated that the Roman principle "*errantes nulla voluntas est*" continues to be applied in Portuguese law.

Keywords: Will (*voluntas*); Interpolation; *Verba*; Mistake; Legal transactions; Contracts; School of the Glossators; Ordinances; Melo Freire, Civil Code of 1867; Civil Code of 1966.

1. Direito romano

Embora parem divergências sobre o relevo da vontade (*voluntas*) na produção de efeitos jurídicos por parte de negócios exatamente por isso ditos jurídicos, é inquestionável que a *voluntas* constitui o fator propulsor elevado, pela dogmática contemporânea, a elemento essencial⁷¹.

Todavia, esta posição, em relação à qual a doutrina dos nossos dias não vacila, obnubila uma longa história que, no direito romano, foi, não há muito tempo, reacendida no fogo crepitante da orientação interpolacionística segundo a qual o relevo conferido à vontade não é clássico, mas pós-clássico ou mesmo justinianeu.

Em breve síntese, entendemos que o entendimento sobre o papel da vontade nos negócios jurídicos passou pelos seguintes momentos:

- Primeiro: até meados do século XX, os romanistas estavam de acordo sobre a afirmação paulatina da *voluntas* à medida que as formas solenes iam decaindo, arrastando, na sua lenta queda, os *verba* que constituíam a sua estrutura fundamental. Era, então, pacífico o entendimento de

⁷¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro* em A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual, Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano, IMPRECE - Impressora do Ceará Ltda, Fortaleza (Brasil), 2003, p. 59 e a bibliografia aí citada.

que a vontade viciada por erro não produzia efeitos jurídicos. Não se suspeitava das fontes que nos oferecem este princípio. Destacamos:

D. 2,14,1,3 (PÉDIO, citado por ULPIANO): “... segundo diz elegantemente Pédio, não há nenhum contrato, nenhuma obrigação, que em si não contenha uma convenção, quer seja feita com a entrega de uma coisa, quer por palavras, pois também a estipulação, que se faz com palavras é nula se não encerrar um consentimento”⁷²

D. 39,3,20 (POMPÓNIO): “Mas isto é assim (se o vizinho consentiu que eu fizesse obra e a água pluvial o prejudicasse, não estou obrigado), se não tiver sido enganado por erro ou imperícia, porque é nula a vontade de quem erra”⁷³.

D. 44,7,55 (JAVOLENO): “Em todos os atos que transferem a propriedade deve concorrer a intenção de um e do outro contraente, pois, seja uma venda, uma doação, um arrendamento ou qualquer outra causa de contrair uma obrigação, não se pode levar a efeito o que se começa se não estiverem de acordo as intenções de uma e da outra parte”⁷⁴.

D. 45,1,137,1 (VENULEIO): “Se estipulo um escravo, mas estou a pensar num e tu noutro, o ato é nulo, pois a estipulação funda-se no acordo das partes”⁷⁵

D. 50,17,12 (PAULO): “Nos testamentos são interpretadas mais plenamente as vontades dos testadores”⁷⁶.

- Segundo: a partir do século XX, a orientação histórico-crítica que os romanistas seguiram desde 1900 – com a promulgação do Código Civil alemão (BGB) – considerou que as fontes em que a *voluntas* e outras

⁷² D. 2,14,1,3: “... ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est”.

⁷³ D. 39,3,20: “Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit; nulla enim voluntas errantes est”.

⁷⁴ D. 44,7,55: “In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perducere ad effectum id, quod inchoatur, non potest”.

⁷⁵ D. 45,1,137,1: “Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur”.

⁷⁶ D. 50,17,12: “In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur”.

expressões (v.g., *animus, affectio, mens*, etc.) surgem com o relevo assinalado foram interpoladas, sobretudo pelos Mestres de Beirute, que se tornaram émulos dos juristas clássicos. Ou seja, a época clássica perdeu a sua grandeza, deslocada para a época pós-clássica⁷⁷. Nem lhes faltou o apoio em IHERING que, na sua “luta” com SAVIGNY, declarou guerra ao dogma da vontade. Na verdade, agitando o princípio de que “quando se celebra um *nexum*⁷⁸ ou negócio mancipatório, as palavras pronunciadas tenham valor de direito” consagrado na Lei das XII Tábuas⁷⁹ e apoiando-se na lição de IHERING de que “no princípio era a palavra”⁸⁰, a romanística deslocou a produção dos efeitos jurídicos da *voluntas* para os *verba*: o que contava não era a vontade, mas o ato realizado na forma determinada pela *lex*. Dominava a forma sobre o conteúdo e a interpretação limitava-se a procurar determinar “*id quod actum est*”, porque a vontade, que tinha levado as pessoas à realização do ato negocial, desaparecera, obnubilada nas palavras. Por isso, não se questionavam os vícios da vontade nem tinha sentido a eventual divergência entre a *voluntas* e a declaração. E, com esta orientação, os efeitos produzidos pela vontade foram deslocados da época clássica para a época pós-clássica, caindo-se num sistema jurídico formalista imobilizado e ignorando o sábio princípio recolhido por HERMOGENIANO de que “*todo o direito é constituído para os homens*”⁸¹.

- Terceiro: a partir do início do século XX, a orientação interpolacionista passou a ser vivamente criticada, primeiro por RICCOBONO, a que se seguiram outros romanistas italianos e espanhóis⁸². Antes, porém, assinala-se a posição de KOSCHAKER que restabeleceu o relevo da vontade na época clássica, embora não individual, mas típica. Só que

⁷⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro, cit., p. 62.

⁷⁸ O *nexum* é uma figura jurídica cujo conhecimento ainda constitui uma *vexata quaestio*. É provável que tenha sido um contrato verbal que criava uma obrigação pecuniária e também, para a eventualidade de não ser cumprida, a faculdade da sua execução imediata. Mais tarde, ter-se-á reduzido a contrato que tão só criava obrigações pecuniárias. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – II (direito das obrigações)* em *Studia Iuridica*, 76, Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 93-94.

⁷⁹ VI, 1: “*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

⁸⁰ “*In principio erat verbum*”. Vide RUDOLPH VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. espanhola de Enrique Príncipe y Satorres, ed. Comares, S.L., Granada, 1998, p. 619.

⁸¹ D. 1,5,2: “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*”.

⁸² Destacamos, em Itália, ARANGIO-RUIZ, PUGLIATTI, GUARNERI-CITATI, BIONDO BIONDI, SERRAO, VOICI, GANDOLFI, MARCHI, LA PIRA e TALAMANCA. Em Espanha, SANTA CRUZ TEIJEIRO, ARMANDO TORRENT, FUENTESECA, JUAN IGLESIAS, GARCIA GARRIDO e ARMANDO TORRENT.

esta *voluntas* não passa duma vontade cristalizada em esquemas e fórmulas típicas: é a vontade do homem normal, abstrato, que reage de modo uniforme a certas situações, com a qual nem sempre concorda a vontade do homem concreto⁸³. Daí que, num segundo momento, KOSCHAKER reduzisse a vontade típica aos negócios *inter vivos*, reservando a vontade individual para os negócios *mortis causa*⁸⁴; e, posteriormente, com destaque para RICCOBONO, à vontade individual tenha sido reconhecido o seu poder criativo de efeitos jurídicos em todos os negócios jurídicos⁸⁵.

Recuperado o valor da *voluntas*, voltou a impor-se a *conventio* como elemento comum dos contratos, cujo formalismo se transformou num instrumento ao serviço da efetiva vontade das partes⁸⁶. E, com a vontade, a *iurisprudencia* passou a dedicar especial atenção aos seus vícios e divergências com a sua declaração. Alguns textos servem de exemplo:

D. 12,1,32 (CELSO): “*Se tivesses pedido dinheiro em mútuo a mim e a Tício e eu autorizasse o meu devedor a prometer-te e tu tivesses estipulado crendo que era devedor de Tício, ficarás acaso obrigado a meu favor? Duvido, se verdadeiramente não contraíste negócio comigo. Mas é mais provável que estime que te obrigas, não porque eu te preste uma quantia (o que só pode ocorrer entre os que estão de acordo), mas porque é bom e justo que me restituas aquela quantia minha que se fez tua*”⁸⁷.

D. 18,1,9,1 (ULPIANO): “*Claro que se dissentimos no nome, mas estamos de acordo no objeto, não há dúvida de que vale a compra e venda; nada influi o erro na denominação quando há acordo no objeto*”⁸⁸.

⁸³ Vide EMILIO BETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici (diritto romano)*, no *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, 1962, p. 902; e ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1493.

⁸⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro*, cit., p. 67.

⁸⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 68, onde se refere a crítica ácida que RICCOBONO fez à doutrina interpolacionista.

⁸⁶ Cf. D. 2,14,1,3, que transcrevemos supra. Vide SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 76-82.

⁸⁷ D. 12,1,32: “*Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stiplus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium tecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi crediti (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest), sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam Mihi a te reddi bonum et aequum est*”.

⁸⁸ D. 18,1,9,1: “*Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio; nihil enim facit error nominis cum de corpore constat*”.

D. 18,1,9,2 (ULPIANO): “*Daí que se pergunte se há compra e venda quando se erra não no objeto, mas na substância; por exemplo, se se vendesse vinagre em lugar de vinho, bronze por ouro ou chumbo por prata ou outro objeto que pareça de prata, Marcelo escreveu (...) que há compra e venda, porque se consentiu no objeto, ainda que se tenha errado na matéria. Estou de acordo no caso do vinho, pois a substância é a mesma se o vinho se azedou. Mas se o vinho não se azedou e foi vinagre desde o princípio (...) parece-me que se vendeu uma coisa por outra; nos demais casos, sempre que há erro na matéria, creio que não há venda*”⁸⁹.

Nestes fragmentos, os juristas apreciam o valor que deve ser atribuído ao erro. No primeiro fragmento, o erro do mutuário sobre a pessoa do mutuante afasta este do mútuo, substituído pela parte com quem o mutuário pensava, erradamente, ser o mutuante. Por outras palavras, sem vontade não existe negócio jurídico. No segundo, as duas partes referem, erradamente, nomes diferentes da coisa vendida. Todavia, porque estão de acordo em relação a esse objeto, o erro não afasta a compra e venda, ou seja, o erro não releva porque, em relação ao mais importante (à coisa vendida) não existe erro. Portanto, a vontade é determinante. E, no terceiro fragmento, se o erro incidir sobre a substância, invalida a compra e venda, porque a vontade verdadeira das partes assim o impõe⁹⁰.

⁸⁹ “*Inde quaeritur, si in ipso corpore, non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit (...) emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in matéria sit erratum; ego in vino quisem consentio, quia eadem prope substantia est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit (...) alium pro alio venisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in matéria erratur*”.

⁹⁰ Vide MIRTA BEATRIZ ALVAREZ, *El error en el derecho romano y su repercusión en el derecho civil argentino em A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual. Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano*, Editora IMPRECE, Fortaleza (Brasil), 2003, pp. 98-104, que distingue o erro de direito e o erro de facto. Relativamente àquele, refere que “*prejudica a quién lo sufre (error iuris nocet) e, portanto, “no podrá alegar la nulidad del negocio por esa razón, por cuanto el mismo es inexcusable*”. Presumindo-se que as leis são conhecidas por todos, “*se entiende que quién desconoce el derecho aplicable, ha incurrido en una negligencia culpable, y por tanto no debe ser protegido (Paulo, D. 22,6,9pr.)*. No entanto, o erro de direito escusa: 1) quem não tem oportunidade de conhecer a questão em causa (D. 22,6,9,3); 2) as mulheres (D. 2,13,1,5; -25,4,2,1; C. 1,18,13); 3) os menores de 25 anos (D. 22,6,9pr.); 4) os soldados (D. 22,6,9,1); as pessoas rústicas (D. 2,13,1,5; -49,14,2,7; C. 6,9,8). No entanto, só beneficia estas pessoas para evitarem um dano e não para obterem um benefício. Relativamente ao erro de facto, distingue o erro: 1) essencial, que permite anular o negócio; 2) acidental, que não tendo influência decisiva na realização do negócio, não determina a sua nulidade. Segundo outra classificação, o erro pode ser: a) *in negotio* (recai sobre a natureza do negócio. Porque falta o consentimento das partes, trata-se dum erro essencial e, portanto, causa a nulidade do negócio); b) *in corpore* (recai sobre a identidade da coisa objeto do negócio. Porque se trata também dum erro essencial – falta o consentimento das partes –, o negócio é nulo); c) *in substantia* (refere-

Compreender-se-á, assim, o acerto de quem, como ALVARO D'ORS, atribui à *conventio* (portanto, à vontade das partes) “*a alma do contrato*”⁹¹ e de quem, como ARMANDO TORRENT, vê na vontade “*el nervio motor del negocio jurídico*”⁹². Não fora assim e não teriam sentido a *simulatio*, as *restitutiones in integrum ob errorem* e *ob metum*⁹³.

Em conclusão, porque o erro afasta a vontade, torna-se claro o valor do princípio segundo o qual é nula a vontade de quem erra (“*errantis nulla voluntas est*”), afirmado por POMPÓNIO no texto que apreciamos⁹⁴.

2. Direito português

Fortemente influenciadas pelo direito romano que, renascido na Escola dos Glosadores no século XII⁹⁵, penetrou em Portugal no século XIII⁹⁶, as nossas Ordenações, apesar de não terem definido negócio jurídico e contrato, não deixaram de acentuar o papel decisivo da vontade. Basta observar o que as Ordenações Filipinas dispõem a propósito do contrato de compra e venda:

se à qualidade essencial ou intrínseca da coisa ou ao sexo do escravo objeto da prestação. Trata-se dum erro muito discutido entre os juriconsultos romanos, havendo quem (como PAULO, D. 45,1,22) o considere essencial e, portanto, produz a nulidade do negócio); e quem, como ULPIANO, D. 18,1,9,2) entenda que não é suficiente para a provocar: v.g., se o vinho se transformou em vinagre depois da venda, esta é válida); d) *in quantitate* (recai sobre o *quantum* da prestação. Também aqui há divergências: enquanto no direito justinianeu (I. 3,19,5), seguindo a opinião de GAIO, o negócio é nulo quando uma das partes prometeu dez e o outro só se obrigou em cinco, PAULO (D. 45,1,83,3) e ULPIANO (D. 45,1,1,4) consideram que o negócio é válido em relação à quantidade menor porque está incluída na maior); e) *in qualitate* (recai sobre uma qualidade da coisa. Não revestindo carácter essencial, não provoca a anulação do negócio); f) *in personam* (recai sobre a identidade da pessoa com quem se contrata. Pode determinar a nulidade do negócio se a identidade e a aptidão de uma das partes é elemento essencial da prestação: v.g., nos contratos *intuitu personae*, em que é determinante a identidade do outro contraente pelas suas condições artísticas, especial competência, confiança, solvência, etc. Ainda noutra perspetiva, o erro pode relevar para afastar obstáculos à validade de um negócio: v.g., confere a validade a um mútuo de dinheiro feito a um filiusfamilias, apesar de proibido pelo sc. Macedonianum, quando este se faz passar por paterfamilias (D. 14,6,3); e são válidas as núpcias de mulher romana que casou com estrangeiro que, erradamente, considerava romano. Sendo válido o casamento, o marido e os filhos obtêm a cidadania romana (GAIO 1,68).

⁹¹ Vide ALVARO D'ORS, *Derecho romano*, em *Nueva Enciclopedia Jurídica*, I, Barcelona, 1949, p. 28.

⁹² Vide ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 1494.

⁹³ Vide A. SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos portugueses e brasileiro*, cit., pp. 83-84.

⁹⁴ Vide *supra*, o D. 39,3,20; e ARMANDO TORRENT RUIZ, *ibidem*, p. 322.

⁹⁵ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, 5ª. ed. com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2011, pp.236-244; e A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 26-28

⁹⁶ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 250-253.

IV,1pr.: “As compras e vendas podem fazer-se (...) consentindo ambos (vendedor e comprador) na venda...”;

IV,17,4: “Se o vendedor afirmar que o escravo, que se vende, sabe alguma arte ou tem alguma habilidade boa, assim como pintar, esgrimir, ou que é cozinheiro e isto não somente pelo louvar, mas pelo vender por tal, e depois se achar que não sabia de tal arte, ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador enjeitá-lo...”.

É fácil observar, no primeiro texto, a consideração da *voluntas contrahentium* como expressão essencial do contrato; e a solução do segundo é simples consequência deste princípio: se a verdadeira vontade não existir por ter sido viciada, o contrato desfazer-se-á.

No século XVIII, PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE – que nas palavras de PAULO MERÊA, foi o “*executor genial do pensamento dos colaboradores de Pombal*” e “*um dos mais eminentes jurisconsultos que tem tido Portugal*”⁹⁷ – enunciou a máxima de que “*a vontade dos contraentes dá a lei*”⁹⁸ e, em consequência, preocupou-se com o regime do dolo, da simulação, da lesão imoderada, etc.⁹⁹. Ou seja, MELO FREIRE continuou a nossa tradição romanística, orientação que foi sucessivamente acolhida por CORRÊA TELLES¹⁰⁰ e COELHO DA ROCHA¹⁰¹, obreiros das transformações do nosso direito civil depois da Revolução liberal de 1820, que prepararam o ambiente em que, anos depois, se moveu o VISCONDE DE SEABRA, quando elaborou o nosso primeiro Código Civil.

Efetivamente, o Código de Seabra define o contrato como “*o acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma*

⁹⁷ Vide MANUEL PAULO MERÊA, *Lições de história do direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1923, p. 116.

⁹⁸ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, trad. de Miguel Pinto de Meneses, no Boletim do Ministério da Justiça, 162, Lisboa, 1967, p. 63.

⁹⁹ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *ibidem*, pp. 66-67.

¹⁰⁰ Vide J. H. CORRÊA TELLES, *Digesto português ou tratado dos direitos e obrigações civis acomodado às leis e costumes da nação portuguesa para servir de subsídio ao novo código civil*, I, 3ª. ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1845, §§ 219, 236, 237, 238, 239 e 248, para quem é nulo o consentimento sobre a substância da coisa e sobre a pessoa. É também é nulo o consentimento extorquido por força ou ameaças que façam de temer a perda da vida, da saúde, da honra e da liberdade. E o dolo é outro vício do consentimento por causa do qual se podem anular os contratos.

¹⁰¹ COELHO DA ROCHA definiu o contrato como “*o acto jurídico pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam por consentimento recíproco a dar, fazer ou não fazer alguma cousa*”. E considera que a sua característica “*consiste no concurso simultâneo da promessa d’um e aceitação do outro, ou no consentimento recíproco*”. Por isso, acentua o dolo, o erro e a violência como anomalias que, viciando a vontade, são suscetíveis de justificar a anulação do contrato ou o direito à indemnização de perdas e danos. Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, II, 8ª. ed., Livraria Clássica A. M. Teixeira, Lisboa, 1917§§ 733 e 736.

*obrigação*¹⁰². E, entre as condições que sustentam a sua validade, coloca o mútuo consenso¹⁰³ que “*deve ser claramente manifestado*”¹⁰⁴. Depois, para defesa da vontade, determina que o consentimento prestado por erro ou coação produz a nulidade do contrato¹⁰⁵. E, relativamente à interpretação dos contratos, considera “*nulo o contrato sempre que (...) se não possa depreender qual fosse a intenção ou vontade dos contraentes sobre o objeto principal*”¹⁰⁶.

Volvida uma centúria, o nosso atual Código Civil, na boa linha romanista, não define negócio jurídico nem contrato¹⁰⁷, mas nem por isso deixou de dar relevo à vontade dos contraentes. Basta olhar para a eficácia da declaração negocial¹⁰⁸; para a exigência de acordo das partes em todas as cláusulas do contrato¹⁰⁹; para a interpretação da declaração negocial feita por um declaratório normal que não afasta a hipótese de ser conhecida a vontade real do declarante que dá sentido à declaração emitida¹¹⁰; para a nulidade do negócio simulado¹¹¹ e para a validade do negócio dissimulado que não é prejudicada pela nulidade do negócio simulado¹¹²; para o regime jurídico da reserva mental¹¹³ e da falta de consciência da declaração e coação física¹¹⁴; para o erro na declaração¹¹⁵ e na transmissão da declaração¹¹⁶; para o erro sobre a pessoa ou sobre o objeto do negócio¹¹⁷; para os efeitos do dolo¹¹⁸ e da coação¹¹⁹ e da incapacidade acidental¹²⁰; etc.

Sem esquecer o relevo conferido à vontade nos negócios *mortis causa*: a nu-

¹⁰² Cf. art. 641º.

¹⁰³ Cf. art. 643º.

¹⁰⁴ Cf. art. 647º.

¹⁰⁵ Cf. arts. 656º.e 668º.

¹⁰⁶ Cf. art. 684º.

¹⁰⁷ Recordamos o sábio adágio romano, referido por JAVOLENO, segundo o qual “*no direito civil toda a definição é perigosa porque é difícil que não possa ser alterada*”. Cf. D. 50,17, 202.

¹⁰⁸ Cf. art. 224º, nº. 1.

¹⁰⁹ Cf. art. 232º.

¹¹⁰ Cf. art. 236º.

¹¹¹ Cf. art. 240º, nº. 2.

¹¹² Cf. art. 241º, nº. 1.

¹¹³ CF. art. 244º.

¹¹⁴ Cf. art. 246º.

¹¹⁵ Cf. art. 247º.

¹¹⁶ Cf. art. 250º.

¹¹⁷ Cf. art. 251º.

¹¹⁸ Cf. art. 254º.

¹¹⁹ Cf. art. 256º.

¹²⁰ Cf. art. 257º.

lidade do testamento se o testador não exprimiu claramente a sua vontade¹²¹; e a necessidade de, na sua interpretação, se observar o que parecer mais ajustado à vontade do testador¹²².

Em sintonia com a função da vontade legalmente consagrada encontra-se a nossa doutrina, fortemente tributária do ensino de MANUEL DE ANDRADE no domínio do negócio jurídico¹²³.

Continua no próximo número da Revista

¹²¹ Cf. art. 2180º.

¹²² Cf. art. 2187º., nº 1.

¹²³ Vide MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, 7ª. reimpressão, Almedina, Coimbra, 1987; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 379-384, 419-423 e 441-454; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, tomo I, 3ª.ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 443-458 e *Tratado de direito civil*, VII, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 171-181; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, II, 5ª. ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 31-51 e 183-189, 190-197, 198-199 e 200-253; e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 105-106.